

Kroniek van het algemeen bestuursrecht: soberheid en doelmatigheid

Tom Barkhuysen & Willemien den Ouden¹

Op vrijwel alle onderdelen van het bestuursrecht wordt gestreefd naar soberheid en doelmatigheid. Een goede toegankelijkheid van de rechter moet daardoor niet in het gedrang komen. Ook de toenemende complexiteit van het bestuursrecht baart zorgen.

Sober bestuursrecht is het streven van het kabinet, maar dit is nog niet zo eenvoudig te realiseren. Doelmatiger bestuursrecht blijft ook het streven, maar de grenzen komen in zicht. Zijn er nog mogelijkheden voor versnelling en verbetering van besluitvorming en geschilbeslechting, terwijl de kosten moeten dalen? En hoe blijft het bestuursrecht tegelijkertijd up-to-date, in touch met de 21e eeuw vol digitale mogelijkheden én Europaproof?

Awb-ontwikkelingen

In het regeerakkoord dat op 30 september 2010 werd gesloten tussen de Tweede Kamerfracties van VVD en CDA onder het motto 'Vrijheid en verantwoordelijkheid',² komt ook de Algemene wet bestuursrecht aan de orde. Zonder omwegen wordt gesteld dat het kabinet zal komen met voorstellen tot versoering en modernisering van de Awb. Michiels en Schueller constateren terecht dat het opvallend is dat die zinsnede is opgenomen in de paragraaf over infrastructuur;³ het debat in Den Haag over het bestuursrecht lijkt zich regelmatig (ten onrechte) te versmallen tot de omgevingsrechtelijke aspecten daarvan en een disproportionele hoeveelheid aandacht te schenken aan 'grote projecten'.

Wat daar ook van zij, versoering van het bestuursrecht zal zo eenvoudig nog niet zijn.⁴ Het Wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht (Wab) is in de najaarskroniek 2010 van Daalder en Rop uitgebreid besproken.⁵ Dit wetsvoorstel bevat een overvloed aan wijzigingen van en aanvullingen op het bestuursprocesrecht van de Awb. Wegens ruimtegebrek staan wij bij dit onderwerp niet te lang stil. Wij volstaan met de vaststelling dat de Tweede Kamer inmiddels voornamelijk positief heeft gereageerd op het voorstel. In het verslag van de vaste commissie van Veiligheid en Justitie onderschrijven veel van de kamerle-

den het streven om het bestuursrecht eenvoudiger, sneller en slagvaardig te maken.⁶ Vragen en twijfels die resteren hebben vooral betrekking op het relativiteitsvereiste.⁷ In dat verband worden veel vragen gesteld over de ervaringen met dit vereiste binnen het kader van de Crisis- en herstelwet (Chw), het risico op langere procedures bij ingewikkelde relativiteitsvragen en het nut van deze eis nu het slechts om enkele zaken zou gaan waarbinnen relativiteit relevant is.⁸ De SP is kritisch en meent dat het wetsvoorstel veel risico's voor de rechtsbescherming met zich brengt, alsmede vertraging door Europese vervolgproudures. Overigens heeft de Afdeling geoordeeld dat de afschaffing van het proformaberoep onder de Chw niet in strijd is met art. 6 EVRM en het Verdrag van Aarhus.⁹ Dit laatste zonder prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU. Over dit laatste is annotator Widdershoven kritisch, met name omdat eerdere Europese jurisprudentie over fatale beroepstermijnen nooit expliciet betrekking had op de extra eis dat binnen de beroepstermijn alle gronden moeten worden aangevoerd. Ook zag de Afdeling zich in het kader van de vereiste spoed onder de Chw genoodzaakt af te zien van het toepassen van de praktijk van het gunnen van een tweede termijn voor het betalen van het griffierecht, een praktijk die zij onlangs juist overnam van de andere appelcolleges.¹⁰

Het eveneens uit het regeerakkoord blijkende voornemen om te komen met voorstellen tot bundeling en vereenvoudiging van wet- en regelgeving op het gebied van het omgevingsrecht, kan vanuit het versoeringsstreven met enige argwaan worden bekeken. Het omgevingsrecht is de afgelopen jaren overspoeld met grote, legislatieve operaties, zoals de wijziging van de Woningwet, de nieuwe Wro, de Waterwet, de Wabo¹¹ en de Chw. Men kan zich met rede afvragen of de rechtspraktijk verdere vernieuwingen – vereenvoudigend van karakter of niet – zal kunnen bolwerken.¹² Opvallend is dat de Afdeling de rechtspraktijk in een zeer recente uitspraak te hulp schiet door alvast vragen over art. 6:13 Awb in relatie tot de omgevingsvergunning te beantwoorden, terwijl in casu de Wabo niet van toepassing was.¹³ Uit de uitspraak wordt duidelijk dat de soepele toepassing van de onderdelenfuik bij bouwvergunningen oude stijl onder de Wabo ook zal gelden bij beoordeling van omgevingsvergunningen en daaruit volgende verschillende categorieën milieugevol-

gen. Dat wijkt af van de strengere praktijk ten aanzien van milieuvergunningen oude stijl. Bijzonder is dat deze lijn vanwege de rechtseenheid ook zal gelden voor besluiten waarbij op grond van art. 8.1 van de (oude) Wet milieu-beheer vergunning is verleend en die op of na 1 april 2011 op de voorgeschreven wijze worden bekendgemaakt.

De ook uit het regeerakkoord blijken de wens van de regering om de Chw een permanent karakter te geven, roept overigens de nodige vragen op. Heeft de aangekondigde evaluatie van de Chw, vol experimentele juridische nieuwigheden, daarop nog enige invloed¹⁴ en hoe zal een eventuele voortzetting worden vormgegeven? Wordt de einddatum van de wet uit de Chw geschrapt of worden bepalingen (en zo ja welke, denk aan beroepsrecht voor decentrale overheden) overgezet in de Awb, waardoor zij een breder bereik krijgen, zoals al is gebeurd met het relativiteitsvereiste in het wetsvoorstel Wab (voorzien in art. 8:69a Awb)? We zullen, als dit voornemen werkelijk wordt uitgevoerd, de precieze vormgeving moeten afwachten, maar dat het er in de rechtspraak eenvoudiger op zal worden, wagen wij te betwijfelen.¹⁵

Datzelfde geldt waarschijnlijk ten aanzien van een uitbreiding van het bereik van de regeling inzake de 'lex silencio positivo' (lsp).¹⁶ In het regeerakkoord (p. 12) valt te lezen dat 'Als te laat op een vergunningsaanvraag wordt beslist, (...) de vergunning zoveel mogelijk automatisch [wordt] verleend, met uitzondering van het vreemdelingenbeleid'. Mede ter uitbreiding van het toepassingsbereik van de lsp is een Verzamelwet van rechtswege verleende vergunningen ingediend die totaal twintig wetten onder dit regime brengt.¹⁷ Zorgen – in de Eerste en opvallenderwijs ook de Tweede Kamer – over onder meer de rechtsbescherming van derdebelaagden in dat verband worden door de

Zorgen over de rechtsbescherming van derdebelaagden bij van rechtswege verleende vergunningen worden door de minister weggewuifd

minister weggewuifd onder verwijzing naar de zorgvuldige selectie van de vergunningenstelsels.¹⁸

Of de complexiteit van het algemeen bestuursrecht zal afnemen, wanneer het recent ingediende wetsvoorstel Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten zal worden aanvaard, is ook een voor de hand liggende vraag. Dit wetsvoorstel dat medio februari 2011 bij de Tweede Kamer werd ingediend, wijkt op enkele opvallende punten af van het voorontwerp.¹⁹ Ter beperking van de complexiteit ging het voorontwerp er nog van uit dat de bestuursrechter exclusief bevoegd zou zijn kennis te nemen van nadeelcompensatiezaken. In het uiteindelijke wetsvoorstel is aan het beoogde nieuwe art. 8:2a Awb op dit punt echter toegevoegd, dat het moet gaan om schade die het gevolg is van een handeling ter uitvoering van een besluit waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat (het uit de huidige jurisprudentie al bekende vereiste van processuele connexiteit).²⁰ Daarmee verdwijnt een belangrijk innovatief aspect van het wetsvoorstel en blijft de civiele rechter een rol spelen op het gebied van de nadeelcompensatie. Werklastmotieven zouden daarbij

Auteurs

1. Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat te Amsterdam, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit blad. Prof. mr. drs. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad.

Noten

2. www.rijksoverheid.nl.
3. Michiels, 'Het regeerakkoord van het kabinet Rutte: de schaaftme voorbij', *NTB* 2010, p. 324 e.v.; Schueller, 'Vereeuwiging van crisis en herstel?', *NJB* 2011/16, afl. 1, p. 34 e.v. Zie over het regeerakkoord in relatie tot de Awb ook Timmermans, 'Versobering en modernisering van de Algemene wet bestuursrecht', *AA* 2010, p. 848 e.v.
4. Zie over aankomende uitbreidingen van de Awb en de hoge mate van veranderingsdruk in het bestuurs(proces)recht in het algemeen De Poorter, 'Kroniek bestuursprocesrecht', *NTB* 2010, p. 275 e.v.
5. Daalder & Rop, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht, Aanpassing van het bestuursprocesrecht', *NJB* 2010/1791, afl.

- 34, p. 2190 e.v. Zie verder o.a. Scheltema, 'Nieuwe perspectieven voor rechtseenheid in het bestuursrecht', *NTB* 2010, p. 219 e.v.;
- Barkhuysen, 'Rechtseenheid en de Wet aanpassing bestuursprocesrecht', *NJB* 2010/1592, afl. 30, p. 1961; De Jong, 'De Wet aanpassing bestuursprocesrecht: een verbetering van de slagvaardigheid van het bestuursprocesrecht?', Verslag van de VAR-studiemiddag gehouden op 28 oktober 2010, *NTB* 2011, p. 18 e.v.
6. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 450, nr. 6.
7. Zie daarover Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011 en Willemsen, 'Een relativiteitsseis in het bestuursprocesrecht: meer rechtsbescherming? Een vergelijking tussen het Nederlandse en het Duitse bestuursprocesrecht', *Trema* 2010, p. 345 e.v.
8. Voor het eerst is toepassing gegeven aan dit relativiteitsvereiste in ABRvS 19 januari 2011, *AB* 2011/47 m.nt. De Gier & De Waard, *JB* 2011/48 m.nt. Heldeweg. Daaraan kon de Afdeling nog voorbijgaan in ABRvS 7 oktober 2010, *AB* 2011/20. Zie

- ook Barkhuysen e.a., 'De eerste ervaringen met de Crisis- en herstelwet', *NTBR* 2011, p. 102 e.v.
9. ABRvS 17 november 2010, *AB* 2011/42 m.nt. Widdershoven. Overigens geldt in gevallen waarin niet in de rechtsmiddelenverwijzing is vermeld dat de Chw van toepassing is en dat daarom de beroepsgronden direct in het hogerberoepsschrift moeten worden opgenomen, dat in beginsel sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding wanneer de gronden van het hoger beroep niet binnen de beroepstermijn zijn aangevoerd. Dit is slechts anders indien aannemelijk is dat de belanghebbende anderszins wist of kon weten dat na afloop van die termijn voor het instellen van hoger beroep geen gronden kunnen worden aangevoerd: ABRvS 23 februari 2011, *LJN* BP5483.
10. ABRvS 14 oktober 2010, *AB* 2011/22 m.nt. De Waard, *JB* 2010/257 m.nt. Bok.
11. Zie over de relatie van deze semi-algemene wet met de Awb: K.J. de Graaf, De verhouding Awb-Wabo beoordeeld, *NTB* 2010, p. 181 e.v.
12. Vgl. Koeman, 'Kwaliteit en tempo in het

- bestuursrecht, *NTB* 2011, p. 1.
13. ABRvS 9 maart 2011, nr. 201006983/1/M2.
14. Een overtuigend pleidooi voor verdere wetgeving op basis van ervaring houdt Konijnenbelt, 'Prudent wetgeven', *NTB* 2010, p. 179 e.v.
15. Vgl. Verburg, 'Relativiteit in de Crisis- en herstelwet en in het voorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht', *NTB* 2011, p. 10 e.v.
16. Daarover De Kam, 'De vergunning van rechtswege en standaardvoorschriften, Enkele beschouwingen over art. 4:20e Awb', *Gst.* 2010, p. 545; Knook, 'De van rechtswege verleende vergunning in de praktijk', *NTB* 2010, p. 147 e.v.
17. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 454, nr. 1-3.
18. *Kamerstukken I* 2010/11, 29 279, A; *Kamerstukken II* 2010/11, 32 454, nr. 5.
19. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 13. Zie over het voorontwerp de diverse bijdragen aan *NJB* 2007/afl. 32.
20. Vgl. in deze kroniekperiode ABRvS 24 november 2010, *AB* 2010/328 m.nt. Van Ravels.

doorslaggevend zijn geweest. De Raad van State betoont zich op dit punt kritisch, maar misschien vallen de uitzonderingen van compromisart. 8:2a Awb in de praktijk uiteindelijk wel mee. Kritiek vanuit overzichtelijkheids- en doelmatigheidsoogpunt heeft de Raad ook op het feit dat niet voldoende duidelijk is welke gevolgen het wetsvoorstel heeft voor wettelijke en andere nadeelcompensatieregelingen die niet, of niet uitsluitend, op het égalitébeginsel zijn gebaseerd. Blijft daarvoor ruimte bestaan? Verder is de Raad kritisch over het feit dat ter zake van nadeelcompensatie niet is voorzien in een verzoekschriftenprocedure, zoals het wetsvoorstel die wel kent voor schade bij onrechtmatige daad. Dat zou inderdaad kunnen bijdragen aan een minder complex bestuursrecht. Vanuit dat perspectief is ook kritiek mogelijk op de met het wetsvoorstel beoogde rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en civiele rechter op het terrein van de onrechtmatige overheidsdaad. Weliswaar wordt deze iets eenvoudiger, maar er blijft sprake van overlappende rechtsmacht.²¹ Wij hopen zeer dat er een moment gaat komen waarop de aandacht eindelijk kan worden gericht op het onderwerp waarover de discussie zou moeten gaan: het materiële schadevergoedingsrecht. Het nu ingediende wetsvoorstel brengt dat moment echter niet echt dichterbij.

Wij sluiten ons Awb-actualiteitenrondje af met de vaststelling dat sinds 1 januari van dit jaar de Awb beperkt toepasselijk is in de BES. Voor een uitgebreide behandeling van de Tweede Aanpassingswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba, verwijzen wij naar de Regelaar special die daarover begin dit jaar verscheen.²² Helemaal ten slotte kan – hoewel strikt genomen geen Awb-onderwerp – hier niet onvermeld blijven dat per 1 september de Wet herstructurering Raad van State in werking is getreden die binnen de Raad aparte afdelingen wetgeving en bestuursrechtspraak instelt, een verschoningsregeling bevat ten aanzien eerdere betrokkenheid bij rechtsvragen in de adviesfase en het aantal dubbelbenoemingen beperkt.²³ Het debat over de herziening van de rechterlijke organisatie en het mede vanwege de rechtseenheid²⁴ toekennen van een rol aan de Hoge Raad in bestuursrechtzaken lijkt daarmee echter niet gesloten nu kamerleden daarop blijven aandringen.²⁵

Versnelling van besluitvorming en rechtspraak

De ervaringen met eerdere wetgevingsproducten om besluitvorming en geschilbeslechting te versnellen worden inmiddels breed aan het papier toevertrouwd.²⁶ Na het eerste jaar waarin werd gewerkt met de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen kan voorzichtig worden geconcludeerd dat de belangrijkste rechtsvragen die de nieuwe regeling opriep, nu wel zijn opgelost en dat de rechter er steeds sneller, effectiever en uniformer toepassing aan geeft. Het overgangsrecht blijkt redelijk soepel te worden toegepast: wanneer het gaat om een voor inwerkingtreding van de wet genomen besluit (waarop de regeling niet

van toepassing is) dat wordt vernietigd na inwerkingtreding gaat na die vernietiging een nieuwe termijn lopen waarbinnen op bezwaar moet worden beslist en daarop is de regeling wel van toepassing.²⁷ Vragen liggen er onder meer nog op het terrein van de uitzonderingen op het vereiste van ingebrekestelling alvorens de termijn voor de dwangsom gaat lopen. Of bestuursorganen in algemene zin sneller zijn gaan werken onder invloed van deze regeling, is nog niet te zeggen.²⁸ Duidelijk is wel dat veel organisaties het verbeuren van dwangsommen proberen te voorkomen. Dat dit soms gebeurt door snel een (vrijwel) ongemotiveerd afwijzend besluit te nemen en dat burgers trage besluitvorming uitlokken om daar financieel beter van te worden, zijn perverse effecten van deze wet die bestrijding verdienen.²⁹ Wat daarvan ook zij, in ieder geval hebben partijen die te lang op de overheid moeten wachten er een wapen bijgekregen. Goed nieuws in dat licht is overigens dat het uitstel van de dwangsomregeling voor de belastingdienst/dienst toeslagen tot 2014, zoals voorgesteld door de regering, door aanvaarding van een PvdA/VVD/CDA amendement is beperkt tot 1 januari 2012.³⁰

Niet alleen de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen legt druk op tijdige besluitvorming, dat geldt natuurlijk ook voor de jurisprudentie inzake overschrijding van de redelijke termijn, die ook de rechter tot spoed aanzet. Ook in deze periode werd in dat verband een grote hoeveelheid jurisprudentie geproduceerd waarin – nu de hoofdlijnen duidelijk zijn – steeds gedetailleerdere vragen die dit rechtersrecht oproept, worden beantwoord. Zo oordeelde de Afdeling dat de redelijke termijn bij toepassing van de (oude) uitgebreide uniforme voorbereidingsprocedure niet al begint te lopen met het indienen van een zienswijze tegen het ontwerpbesluit, maar eerst met het instellen van beroep tegen het besluit. De termijn eindigt pas met de definitieve beslechting van het geschil (in casu door de Afdeling) en niet met eerdere rechterlijke vernietigingen. Bijzonder is ook dat de Afdeling in deze uitspraak de schadevergoeding met 90% matigt – onder het mom van gedeelde smart is halve smart – omdat tien appellanten gezamenlijk beroep instelden.³¹

Vanwege de kenbaarheid van het recht en de rechtseenheid is sturing door de wetgever gewenst. Het wachten is echter nog steeds op indiening van een wetsvoorstel ter zake.

Gemeenten zijn mede in het kader van deze druk op tijdige besluitvorming aan het bezien in hoeverre de onafhankelijke bezwaarschriftenadviescommissie kan worden vervangen door ambtelijk horen.³² Dat is misschien helemaal niet zo slecht nu het functioneren van de onafhankelijke adviescommissie in de gemeentelijke praktijk zeer kritisch wordt beoordeeld door Schwartz in haar proefschrift dat zij in Groningen verdedigde.³³ Schwartz stelt vast dat door de (steeds frequentere) inschakeling van adviescommissies, die meer en meer bestaan uit louter externe deskundigen, de bezwaarprocedure is gejuridiseerd en gedepolitiseerd. Bovendien worden besluiten

Sommige rechters zijn in de ogen van de appelinstanties te enthousiast geweest met definitieve geschilbeslechting

Actieve rechters en snelle rechtspraak staan hoog op het verlanglijstje van de politiek, maar duurder mag het allemaal niet worden

vaak niet volledig heroverwogen. De bezwaarprocedure zou efficiënter en effectiever moeten worden ingericht, waarvoor een wetswijziging volgens haar is niet nodig.

Ten slotte moet worden vermeld dat op tijdige besluitvorming door bestuursorganen nog meer druk is komen te liggen door jurisprudentie inzake schadevergoeding bij niet tijdig beslissen in relatie tot de formele rechtskracht van het besluit. Bekend was al dat het enkele feit dat geen rechtsmiddelen zijn aangewend tegen het niet tijdig beslissen, niet maakt dat van de rechtmatigheid daarvan moet worden uitgegaan.³⁴ In een recente zaak oordeelt de Afdeling dat het nalaten om op te komen tegen het uiteindelijke – te late – reële besluit evenmin maakt dat uit moet worden gegaan van de rechtmatigheid van het niet tijdig beslissen. In gevallen waarin het reële besluit formele rechtskracht heeft gekregen, wordt het niet tijdig nemen van dat besluit daardoor dus niet gedekt.³⁵ Dit maakt het claimen van vertragingsschade al dan niet via een zelfstandig schadebesluit gemakkelijker en voorkomt dat louter vanwege deze schade het reële besluit moet worden aangevochten. Onder verwijzing naar deze uitspraak van de Afdeling heeft de Hoge Raad inmiddels dezelfde koers gekozen.³⁶

Effectief rechtspreken, maar niet onbegrensd rechtsgevolgen in stand laten en zelf voorzien

In deze kroniekperiode is de aandacht in rechtspraak

en literatuur voor effectieve geschilbeslechting onverminderd groot geweest. De eerste jurisprudentie over de Wet bestuurlijke lus met een regeling in de Awb die op 1 januari 2010 in werking trad, werd al besproken in de najaarskroniek van Daalder en Rop. Inmiddels kan een eerste balans worden opgemaakt.³⁷ Deze balans is voorzichtig positief. De formele dan wel informele³⁸ lus komt pas in beeld wanneer de rechtsgevolgen van een besluit niet in stand kunnen worden gelaten of de rechter niet zelf in de zaak kan voorzien.³⁹ Is een lus evenmin aangewezen dan resteert vernietiging, waarbij een 'aangeklede' opdracht aan het bestuur om een bepaald besluit kan bijdragen aan finale geschilbeslechting. In het kader van de lus laat de rechter doorgaans de keuze om de motivering te verbeteren, dan wel een nieuw besluit te nemen. Verbeteringen van de luspraktijk zijn mogelijk: met name het in een zo vroeg mogelijk stadium hanteren daarvan en het motiveren van de beslissing geen lus toe te passen, zijn wenselijk.⁴⁰ Ook de belastingkamer van de Hoge Raad meldde zich onlangs aan het front van de definitieve geschilbeslechting. Als richtlijn voor de lagere belastingrechters geldt dat zij in de regel bij gegrondverklaring van een beroep zelf in de zaak moeten voorzien, waarbij van groot belang is dat er bij het vaststellen van belastingaanslagen en andere beschikkingen in belastingzaken in het algemeen geen beleidsvrijheid toekomt aan het bestuursorgaan. Alleen als dat redelijkerwijs niet mogelijk is, moet gezien worden of een lus mogelijk is of dat het bestuursorgaan moet worden opgedragen opnieuw op het bezwaar te beslissen.⁴¹

Sommige rechters zijn in de ogen van de appellaranties te enthousiast geweest met definitieve geschilbeslechting. In deze kroniekperiode verscheen de nodige begrenzendende jurisprudentie. Zo mag er niet zelf in de zaak worden voorzien wanneer medische informatie nog in bezwaar moet worden besproken of een medisch adviseur nader onderzoek moet verrichten.⁴² Datzelfde geldt wanneer er (anderszins) te weinig inhoudelijke gegevens voorhanden zijn, in welk geval de bestuursrechter dient na te gaan of een lus mogelijk is.⁴³ Voor het in stand laten van

21. Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 4.

22. Regelmaat 2010/6.

23. Stb. 2010, 36.

24. In CRvB 9 februari 2011, L/JN BP3990 sluit de Raad zich na twee jaar aan bij de lijn van de Afdeling en het CBB dat een belang van een betrokkene bij een inhoudelijk oordeel over de rechtmatigheid van een besluit ook kan zijn gelegen in de omstandigheid dat dit oordeel een rol kan spelen bij toekomstige aanvragen.

25. Vgl. *Handelingen I* 13 en 20 april 2010; *Kamerstukken I* 2009/10, 30 585, H-J; *Kamerstukken II* 2010/11, 32 419, nr. 15.

26. Vgl. onder meer Fortuin, 'De wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen', *NTFR-beschouwingen* 2010/34; Verbeek, 'Versnelling van besluitvorming in bestemmingsplanzaken na rechterlijke tussenkomst', *TBR* 2010, p. 1036 e.v.; Lansha-

ge, 'Beter gemotiveerd te laat dan ongemotiveerd en op tijd', *NTB* 2010, p. 270 e.v.

27. ABRvS 2 september 2010, L/JN BN5648; CRvB 25 januari 2011, L/JN BP2458.

28. Vgl. Bade & Van der Leek, 'Een jaar dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen, Domein van de eerste aanleg?', *JBplus* 2010, p. 200 e.v.

29. Zie ook Brenninkmeijer, 'Dejuridisering', *NJB* 2011/3, afl. 1, p. 6 e.v.

30. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 504, nr. 30.

31. ABRvS 9 februari 2011, nr. 200908260/1/M2.

32. Nadem, Truglio & Van Dam, Ambtelijk horen in de bezwaarfase: een instrument voor tijdig beslissen?', *Gst.* 2010, p. 584 e.v.

33. Schwartz, *De adviescommissie in bezwaar, Inrichting van de bezwaarprocedure bij gemeenten* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Over de bestuurlijke voorprocedure verder in deze kroniekperiode: Wenders, *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010.

34. Vgl. ABRvS 21 november 2001, AB 2002/183 m.nt. Jansen.

35. ABRvS 21 juli 2010, AB 2010/329 m.nt. Van Ravels.

36. HR 22 oktober 2010, NJ 2011/6 m.nt. Mok.

37. Overigens is op verzoek van de Eerste Kamer ter voorkoming van een wirwar aan lussen voor nader beraad teruggenomen het Wetsvoorstel verbetering van beroepsprocedures in de Tracéwet, Spoedwet wegverbreding en Wet ruimtelijke ordening. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 546.

38. Het zonder tussenuitspraak heropenen van het onderzoek.

39. Zo ook CRvB 3 november 2010, AB 2010/341 m.nt. Marseille.

40. Van Ettekovén & Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', *JBplus* 2010, p. 182 e.v.; Berkouwer, 'De eerste ervaringen met de bestuurlijke lus', *Gst.* 2010, p. 580 e.v. Vgl. ook Verburg, *Finale geschilbeslechting en haar stiefkind, de aangeklede opdracht om een nieuw besluit te nemen*, *JBplus* 2010, p. 153 e.v. Veel informatie – met name over de praktijk van de Afdeling – biedt ook J.E.M. Polak, *Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten*, *NTB* 2011, p. 2 e.v.

41. HR 28 januari 2011, L/JN BP2132.

42. ABRvS 8 december 2010, AB 2011/27 m.nt. Schuurmans; CRvB 24 november 2010, L/JN BO5995.

43. CRvB 3 november 2010, JB 2011/10.

De bestuursrechter is veel terughoudender dan de burgerlijke rechter met honoreren van gewekt vertrouwen

de rechtsgevolgen of zelf voorzien is (hoewel blijkens de jurisprudentie niet vereist is dat er na de vernietiging nog maar één beslissing mogelijk is)⁴⁴ evenmin plaats indien dat de rechter noopt tot een oordeel waarover partijen zich niet of onvoldoende hebben uitgelaten en daartoe ook geen aanleiding bestond.⁴⁵

De rechter mag zich dus in het kader van de geschilbeslechting niet begeven op politiek-bestuurlijk of deskundig terrein en mag evenmin partijen in dat kader het recht op hoor en wederhoor ontnemen. Tegelijkertijd roept de politiek de bestuursrechter op tot een minder passieve opstelling, waarbij oud-minister Hirsch Ballin zich eerder al aansloot.⁴⁶ In een brief aan de Eerste Kamer van 15 september 2010 bepleit hij opnieuw een meer zaaksgedifferentieerde aanpak waarbij regiezittingen een belangrijke rol moeten gaan spelen.⁴⁷ Over actieve rechtspraak gesproken: in deze kroniekperiode promoveerde Dorien Brugman op een onderzoek naar de omvang van toetsing aan het recht door de bestuursrechter. Daarbij wordt uitvoerig ingegaan op de praktijk van de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en de ambtshalve toetsing.⁴⁸

Goedkopere (bestuurs)rechtspraak

Actieve rechters en snelle rechtspraak staan dus hoog op het verlanglijstje van de politiek, maar duurder mag het allemaal niet worden. De regering heeft diverse maatregelen aangekondigd die moeten leiden tot goedkopere (bestuurs)rechtspraak. Behalve het beperken van het aantal rechtbanken tot 10⁴⁹ en het versoberen van de raioopleiding,⁵⁰ springt daarbij het meest in het oog het steeds concreter wordende plan om kostendekkende griffierechten te gaan invoeren. Na de jaarlijkse indexering van de griffierechten per 1 januari 2011 op basis waarvan voor de goedkoopste bestuursrechtelijke procedure € 41 en de duurste € 454 aan griffierechten wordt gerekend, blijkt het streven naar goedkopere rechtspraak voor de gebruikers daarvan juist duurder en – wanneer de plannen voor kostendekkende rechten doorgaan – misschien wel onbetaalbare rechtspraak te betekenen. Daarbij dient te worden bedacht dat het bestuursrecht inmiddels zo complex is geworden, dat vaak niet meer zonder rechtshulp kan worden geprocedeerd. Op het plan voor kostendekkende griffierechten is dan ook terecht waarschuwend gereageerd. Voorkomen moet immers worden dat de toegang tot de rechter illusoir wordt voor mindervermogenen.⁵¹ Ten tijde van de afsluiting van deze kroniek worden de eerste contouren van het nieuwe stelsel duidelijk. In een brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 8 maart 2011 aan de Tweede Kamer worden enkele uitgangspunten geformuleerd. Zo zal worden gekozen voor kostendekkendheid op systeemniveau (en dus niet op zaakniveau), zullen niet alleen minvermogenen maar ook de middeninkomens voor de stijgende kosten worden gecompenseerd en zullen sommige tarieven, waaronder die voor bestuursrechtspraak worden gematigd ten opzichte van de op de werklust gebaseerde kost-

prijs. Zo verwacht de minister een stelsel te kunnen presenteren dat voldoet aan de eisen van art. 6 EVRM.⁵² Die eisen zijn weliswaar niet heel precies, maar duidelijk is wel dat het recht op toegang tot de rechter niet in de kern mag worden geraakt.⁵³ De minister verwacht deze zomer een wetsvoorstel te kunnen indienen bij de Tweede Kamer dat op 1 juli 2012 in werking zou moeten treden.

Centrale begrippen

Over de centrale begrippen zijn wij noodgedwongen kort van stof. Vermeldenswaard is een uitspraak van de Afdeling waarin zij overweegt dat NEN-normen niet kunnen worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften die vanwege het Rijk zijn opgesteld en dus niet als zodanig bekend hoeven te worden gemaakt.⁵⁴ Maar omdat het wel naar buiten werkende, de burgers bindende regels zijn, dient hun kenbaarheid volgens de Afdeling niettemin te zijn verzekerd. Bekendmaking in de Staatscourant verzekert in ieder geval de kenbaarheid. Maar ook raadpleging via aanschaf tegen redelijke betaling voor professionals en – voor burgers – via terinzagelegging in de bibliotheek van het Nederlands Normalisatie Instituut, leidt volgens de Afdeling tot voldoende kenbaarheid. Daarmee sluit zij zich aan bij een eerdere uitspraak van Hof Den Haag.⁵⁵ Mocht er cassatie zijn ingesteld, dan lijkt aannemelijk dat de Hoge Raad de Afdeling zal volgen.

Voor het belanghebbendebegrip is het aardig te vermelden dat in het kader van de rechtsbescherming tegen uitblijvende besluiten op grond van art. 6:2 Awb alleen diegene belanghebbende is, die gebaat is bij het uitblijvende besluit en die daarmee een verandering van zijn rechtspositie nastreeft. Degene die gebaat is bij een afwijzing van het aangevraagde besluit, is daarmee geen belanghebbende.⁵⁶ Belangrijk is verder een arrest van de Hoge Raad waarin is uitgemaakt dat de enkele bundeling van belangen niet de weg opent naar de burgerlijke rechter om op te komen tegen een algemeen verbindend voorschrift.⁵⁷ Het ging om vreemdelingenorganisaties die de onverbindendverklaring vorderden van verordeningen inzake leges voor verblijfsvergunningen. Voor de door deze regeling geraakte vreemdelingen stond immers de weg naar de bestuursrechter open in het kader van een exceptieve toetsing. De organisaties zouden volgens de Hoge Raad wel terecht kunnen bij de burgerlijke rechter indien zij een eigen belang zouden hebben gesteld waarover zij bij de bestuursrechter niet zouden kunnen opkomen. De Hoge Raad vond daarbij de gang naar de bestuursrechter niet onevenredig bezwarend voor de betrokken vreemdelingen. Dit arrest roept (onder meer) de vraag op wat precies wordt bedoeld met 'eigen belang' van organisaties.⁵⁸ Kennelijk was dat wel aan de orde in de procedure Staat/VAJN en NJCM over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften over de 48 uursprocedure in het vreemdelingenrecht.⁵⁹ En zou het de organisatie anders zijn vergaan wanneer zij zich naast het collectief belang ook op het algemeen belang zou hebben beroepen in de zin van art. 3:305a BW en duidelijk is dat zij geen

belanghebbende is in een bestuursrechtelijke procedure, zoals gold voor Clara Wichmann c.s. in de SGP-zaak.⁶⁰ Gelet op de bedoeling van de wetgever zou dat eigenlijk het geval moeten zijn, maar onlangs greep de civiele sector van de Rechtbank Den Haag het hier besproken Hoge Raad-arrest aan om de Stichting Privacy First niet ontvankelijk te verklaren in een dergelijke algemeenbelangactie tegen de registratie van vingerafdrukken bij het aanvragen van een paspoort.⁶¹ Nu daarover bij de sector bestuursrecht van diezelfde rechtbank een procedure liep van een individuele aanvrager, lijkt bij dat oordeel een belangrijke rol te hebben gespeeld het voorkomen van de betrokkenheid van twee soorten rechters met het risico van rechtsoneenheid. Hoewel op zich een legitiem belang, kunnen er toch vraagtekens bij dat oordeel worden geplaatst omdat het in lijkt te gaan tegen de bedoelingen van de wetgever. De uitspraak op het hoger beroep van de stichting moet daarom met extra aandacht worden afgewacht.

Als het om begrippen en definities gaat, is ten slotte interessant om te melden een uitspraak waarin de Afdeling een definitie geeft van wat zij onder beleidsvrijheid verstaat en wanneer daarvan sprake is: 'De woorden "kan" en "kunnen" in de genoemde bepalingen geven aan dat de minister de keuze is gelaten om al dan niet een bijdrage toe te kennen en dat de minister dus beleidsvrijheid is gegeven.'⁶² Dat is het vermelden waard, omdat de Afdeling in het verleden vaker het begrip 'beoordelingsvrijheid' of 'beoordelingsruimte' gebruikte waar beleidsvrijheid aan de orde was. Hopelijk is de hier aangehaalde uitspraak de voorbode van meer begripsmatige consistentie.

Handhaving

Ondanks de op basis van het regeerakkoord aangekondigde inspectievakanties, is de rol van de overheid op het terrein van toezicht en handhaving erg groot. Daarbij zijn vaak verschillende instanties betrokken en zijn voor hen verschillende handhavingsinstrumenten beschikbaar. In haar Rotterdamse oratie van 4 februari 2011 met de titel 'Wie is er verantwoordelijk voor de handhaving?'⁶³ schetst Aletta Blomberg daarvan een beeld. Zij geeft aan hoe integrale handhaving tot betere resultaten kan leiden, waarbij ook de rol die private actoren kunnen spelen wordt belicht. In zijn eveneens Rotterdamse oratie, maar van twintig dagen later,

We hebben wel heel veel tijd en energie verdaan met rechtsmachtperikelen

gaat Arthur Hartmann onder de titel 'Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law' in op het feit dat het bestuursrecht en strafrecht geen gescheiden werelden meer zijn. Met name door het op grote schaal invoeren van de bestuurlijke boete is dat onderscheid achterhaald. Hierdoor rijzen allerlei theoretische en praktische vragen die verdere bestudering behoeven.

Een modern handhavingsinstrument is het actief openbaarmaken van boetebesluiten. Sommige wetten kennen daarvoor een aparte bevoegdheidsgrondslag, maar die ontbreekt voor de OPTA in de Telecommunicatiewet. De Afdeling is van mening dat art. 8 en 10 Wob in het algemeen deze grondslag bieden.⁶⁴ Evident is dit echter niet, alleen al omdat de wetgever het in andere wetten wel nodig vond om in een aparte grondslag te voorzien. In dat kader is ook interessant om – hoewel dat strikt genomen onder het vorige kopje had gemoeten – hier te melden dat een brief met mededeling dat een zakelijke weergave van sanctiebesluit zal worden gepubliceerd op een website, een besluit is.⁶⁵ Voor de overige ontwikkelingen op het terrein van toezicht en handhaving verwijzen wij naar de NTB-kroniek van Heinrich en Veldhuis.⁶⁶ De tegenhanger van handhaving – gedogen – komt aan de orde in de mooie en praktisch goed bruikbare dissertatie van Frank Vermeer.⁶⁷ Hij laat zien dat de lijnen uitgezet in het omgevingsrecht niet zonder meer kunnen worden doorgetrokken naar het economisch bestuursrecht, waar meer ruimte lijkt te bestaan om de opportuniteit van handhaven te wegen. Tot slot kan niet onvermeld blijven dat er in deze kroniekperiode een nieuwe druk verscheen van het boek Bestuursdwang en dwangsom.⁶⁸

Overheidsaansprakelijkheid

Op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht is – los van hetgeen hiervoor reeds onder andere kopjes

44. Vgl. ABRvS 7 juli 2010, *LJN* BN0466 (vaststellen hoogte dwangsom).

45. ABRvS 9 februari 2011, nr. 201005324/1/H2.

46. Daarover Daalder & Rop in hun najaarskroniek in *NJB* 2010/1791, afl. 34, p. 2192.

47. *Kamerstukken I* 2009/10, 29 279, A.

48. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht?* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

49. Vgl. het conceptwetsvoorstel dat in internetconsultatie is gebracht op www.internetconsultatie.nl/herzieningrechtelijkekaart.

50. Zie *NJB* 2011/333, afl. 6, p. 393.

51. Bauw, Van Dijk & Van Tulder, 'Een stille revolutie? De gevolgen van de invoering

van kostendekkende griffierechten', *NJB* 2010/1665, afl. 31, p. 2047 e.v.; Barkhuisen, 'De toegang tot de rechter onder vuur', *NJB* 2010/1151, afl. 23, p. 1455. Zie ook het standpunt van de Raad voor de Rechtspraak d.d. 28 februari 2011 die waarschuwt dat de toegang tot de rechter voor 'alle groepen in de samenleving' voldoende moet blijven gewaarborgd (www.rechtspraak.nl).

52. Zie een tweede brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 8 maart 2011, waarin kamervragen van de SP inzake de voornemens ten aanzien van de griffierechten worden beantwoord.

53. Dat is overigens niet aan de orde in CRvB 13 oktober 2010, *AB* 2011/44 m.nt.

Bröring (het heffen van griffierechten bij het opleggen van bestraffende sanctie vormt geen wezenlijke inbreuk op het recht op toegang tot een rechter).

54. ABRvS 2 februari 2011, *LJN* BP2750.

55. Hof Den Haag 16 november 2010, *LJN* BO4175. Zie over de NEN-normen ook HR 15 juni 2010, *LJN* BL7690.

56. ABRvS 10 november 2010, *AB* 2011/48 met (kritische) noot van De Waard.

57. HR 9 juli 2010, *AB* 2011/11 m.nt. Van der Veen.

58. Vgl. De Poorter, 'Bestuursprocesrecht', *NTB* 2010, p. 275 e.v.

59. HR 3 september 2004, *NJ* 2006, 28.

60. HR 9 april 2010, *AB* 2010/190 m.nt. Van Ommeren.

61. Rb. Den Haag 2 februari 2011, *LJN* BP 2860.

62. ABRvS 19 januari 2011, *LJN* BP1337 (r.o. 2.3.1).

63. www.eur.nl/nieuws/agenda/agendaarchief/detail/article/25238/.

64. ABRvS 10 november 2010, *AB* 2010/319 m.nt. Affourtit & Beijering-Beck.

65. ABRvS 2 februari 2011, *LJN* BP2849.

66. *NTB* 2010, p. 289 e.v.

67. Vermeer, *Gedogen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010.

68. Van Buuren, Jurgens & Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2011.

aan de orde kwam en het kraakverbod⁶⁹ – vooral het vertrouwensbeginsel aanleiding geweest voor interessante uitspraken. Zo wees de Hoge Raad een omstreden arrest waarin het niet nakomen van onbevoegd door gedeputeerden gedane financiële toezeggingen aan de (toen) noodlijdende voetclub Vitesse als een onrechtmatige daad werd aangemerkt.⁷⁰ Doorslaggevend voor dat oordeel waren de bijzondere omstandigheden van het geval. Het gaat daarbij om een zestal feiten en omstandigheden zoals het feit dat sprake was van een crisissituatie met hoge tijdsdruk, dat het initiatief is genomen door een gedeputeerde, dat de toezegging plaatsvond op het Provinciehuis en dat de gedeputeerde gedetailleerde instructies gaf.⁷¹ De bestuursrechter is veel terughoudender met het honoreren van gewekt vertrouwen. Zo verwierp de Centrale Raad – anders dan de rechtbank – een beroep daarop naar aanleiding van informatie in een folder over toewijzingscriteria in een folder die afweken van de wettelijke vereisten. De folder zou slechts een in algemene bewoordingen vervatte omschrijving van het te hanteren criterium bevatten.⁷² Het EHRM lijkt weer ruimhartiger bij het honoreren van gewekt vertrouwen ook wanneer dat onbevoegdlijk of contra legem is gewekt.⁷³

Voor de praktijk van aanzienlijk belang is ABRvS 2 februari 2011,⁷⁴ waarin de Afdeling bestuursrechtspraak tot het oordeel komt dat het dagelijks bestuur van de deelgemeente Hoek van Holland aansprakelijk is voor de vertragingsschade die een woningbouwvereniging leed door het stopleggen van bouwwerkzaamheden door de voorzieningenrechter wegens een ontoereikende ruimtelijke onderbouwing van de verleende bouwvergunning. Hoewel dit gebrek in bezwaar werd hersteld en het aangevochten besluit dus niet werd herroepen of vernietigd, brengt dat volgens de Afdeling in dit geval nog niet met zich mee dat het besluit voor rechtmatig moet worden gehouden. Onder verwijzing naar vaste jurisprudentie⁷⁵ overweegt de Afdeling dat van de rechtmatigheid van een besluit dient te worden uitgegaan als het niet is herroepen of vernietigd, tenzij zeer klemmende omstandigheden ertoe zouden moeten leiden dat een uitzondering op dit uitgangspunt wordt gemaakt. In casu was sprake van een dergelijke ‘zeer klemmende omstandigheid’, want van de woningbouwvereniging kon niet worden verwacht dat zij zelf bezwaar maakte tegen het verleningsbesluit. De vereniging kan aldus niet worden tegengeworpen dat zij heeft verzuimd de onrechtmatigheid van de bouwvergunning te doen vaststellen. Volgens de Afdeling staat vast dat het project waarvoor vrijstelling is verleend, aanvankelijk niet van een goede ruimtelijke onderbouwing was voorzien, waardoor het dagelijks bestuur in strijd met art. 19a WRO heeft gehandeld. Dit gebrek kon weliswaar in de bezwaarprocedure worden geheeld, maar dat doet er niet aan af dat in de periode tussen het primaire besluit en het besluit op bezwaar sprake is geweest van een gebrekkig besluit, dat gelet op de aard van het gebrek onrechtmatig was jegens de woningbouwcorporatie, aldus

de Afdeling. Wel wordt de schade gelijkelijk verdeeld over bestuursorgaan en appellant, nu de vereniging, ondanks dat zij als woningcorporatie regelmatig met vergunning-procedures voor bouwplannen te maken heeft, het aan het dagelijks bestuur had overgelaten om een ruimtelijke onderbouwing voor het project te geven en ook toen zij wist dat daaraan een gebrek kleefde, geen poging deed om dat te herstellen.

In het verlengde hiervan kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad in een uitspraak van 22 oktober 2010 oordeelde dat de gemeente Eindhoven onrechtmatig heeft gehandeld jegens een vergunninghouder door 29 weken te laat te beslissen op het bezwaar.⁷⁶ Voor vaststelling van een onrechtmatige overheidsdaad is echter meer nodig dan de enkele overschrijding van de wettelijke termijn. Er moet sprake zijn van bijkomende omstandigheden die met zich meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke termijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid.

De nasleep van de vuurwerkramp in Enschede levert nog steeds – ruim tien jaar na de explosie – interessante uitspraken op. Nadat eerder de Hoge Raad de schadeverderingen van de gedupeerde omliggende bedrijven ten aanzien van de betrokken overheden afwees,⁷⁷ kwam het Haagse Gerechtshof tot eenzelfde oordeel over de claims van de natuurlijke personen die slachtoffer zijn van de ramp en hun nabestaanden.⁷⁸ Daarbij wordt hen onder meer de formele rechtskracht van milieuvergunningen tegengeworpen, ondanks het feit dat sommigen destijds bij de verlening geen belanghebbenden waren.⁷⁹ Alleen al in dat opzicht is het jammer dat betrokkenen dusdanig procedeer-moe waren dat is afgezien van cassatie.

Een interessante trend in de schadevergoedingsjurisprudentie is ten slotte de praktijk om bij schending van fundamentele rechten zoals het huisrecht en de persoonlijke levenssfeer door de overheid vergoeding van immateriële schade toe te kennen. Dit was bijvoorbeeld aan de orde naar aanleiding van een onrechtmatig huisbezoek⁸⁰ en de onterechte intrekking van een bijstandsuitkering.⁸¹ Bijzonder is dat de Afdeling daarbij ook procesbelang aanneemt als het alleen nog gaat om het vaststellen van de onrechtmatigheid in verband met de eer en goede naam terwijl het huisverbod zelf al is uitgewerkt.⁸²

In deze kroniekperiode verscheen ook weer de nodige literatuur op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid.⁸³ Wij noemen hier de Amsterdamse oratie van 3 december 2010 van Bart Jan van Ettekovén. Hij gaat in op de invulling van het begrip ‘normaal maatschappelijk risico’ en houdt een pleidooi om bij deze invulling meer gebruik te maken van forfaits. Daarbij vraagt hij zich af of er nog behoefte is aan een afzonderlijke wettelijke regeling voor planschade.⁸⁴ Verder is het, voor het verkrijgen van het broodnodige (historische) overzicht op het complexe terrein van het aansprakelijkheidsrecht, nuttig om

Het schrikbeeld van het bestuursrecht als een mandarijnen-wetenschap kan inspireren bij verder vormgeven van dit recht

te wijzen op de Schoordijk-lezing van Jaap Polak die in het NTB verscheen.⁸⁵ Hij laat zien dat de ruimte voor overheidsaansprakelijkheid – zoals veel dingen in het leven – aan slingerbewegingen onderhevig is. Volgens Polak zijn we nu weer aanbeland in een beweging naar een beperking van deze aansprakelijkheid. Sober aansprakelijkheidsrecht dus. Zijn bijdrage illustreert overigens ook treffend dat we wel heel veel tijd en energie hebben verdaan en nog steeds verdoen met rechtsmachtperikelen. Hopelijk kunnen we daar een keer definitief voorbij slingeren zodat het recht op dit punt doelmatiger wordt in die zin dat het gaat waarover het zou moeten gaan...

De digitale overheid

Gelet op de in het regeerakkoord uitgesproken wens om te komen tot modernisering in het bestuursrecht, mag het onderwerp digitalisering natuurlijk niet ontbreken. In haar proefschrift *Bestuursrecht, e-mail en internet* komt Klingenberg tot de conclusie dat het principe van de nevenschikking van elektronische communicatie tussen overheid en burger met traditionele vormen onder druk staat.⁸⁶ Nu elektronische communicatie steeds meer de norm wordt, zou dat naar haar mening moeten leiden tot aanpassingen in de Awb (onder meer art. 8:4 sub k Awb zou moeten vervallen), de jurisprudentie van de bestuursrechtshouders (onder meer ten aanzien van art. 2:15 Awb) en de bestuurspraktijk (geen disclaimers op websites en onder e-mailberichten). Ook Schlössels besteedt, in zijn artikel over de dienende overheid, uitgebreid aandacht aan de steeds sneller oprukkende digitalisering.⁸⁷ Naast de overduidelijke voordelen van bijvoorbeeld de mogelijkheden tot het publiceren van besluiten op internet en het houden van hoorzittingen per videoconferentie, belicht hij, in navolging van onder meer Prins, ook de keerzijden. De digitale overheid wordt anoniemer doordat zij haar menselijk gezicht verliest. Schlössels noemt het verenigen van de voordelen van de onvermijdelijk voortschrijdende digitalisering en automatisering met het beginsel van de dienende overheid een van de grote uitdagingen van het hedendaagse bestuursrecht.

Een betere opwarmer voor de aankondiging van de VAR-preadviezen van 2011 zouden wij niet kunnen verzinnen. Onder de gezamenlijke titel 'De digitale overheid'

presenteren Groothuis, Prins en Schuyt hun preadviezen over respectievelijk de bestuursrechtelijke aspecten van elektronische communicatie met de overheid, de ontwikkeling van *eOverheid* naar *iOverheid* (de overheid die ICT niet langer vooral inzet om de dienstverlening te verbeteren, versnellen en optimaliseren, maar ook gebruikt voor beleidsdoelstellingen op het terrein van zorg en vooral controle) en overheid en burgers als informatiedragers en informatievragers. Op 20 mei a.s. worden de preadviezen besproken tijdens de jaarvergadering van de vereniging te Utrecht; het belooft een boeiende discussie te worden over een zeer actueel thema.

Europaproof werken

Een van de kernpassages uit de inleiding van het regeerakkoord geeft weer dat het huidige kabinet weinig heil verwacht van het internationale recht. Weliswaar (?) zullen internationale verdragen worden gerespecteerd maar, 'wanneer nieuw nationaal beleid op juridische grenzen stuit zal Nederland zich binnen de Europese Unie of in ander verband inzetten voor wijziging van de betreffende verdragen, richtlijnen of afspraken', aldus het akkoord.⁸⁸

In de praktijk lijkt men het op bestuursrechtelijk gebied echter vooral druk te hebben met wetgeving om aan Europeesrechtelijke verplichtingen te (kunnen) voldoen. Het voorstel voor een nieuwe aanbestedingswet is vorig jaar naar de Tweede Kamer gestuurd, die daarop inmiddels vrij kritisch heeft gereageerd.⁸⁹ Verder wordt, naar verluidt, binnenkort de behandeling van het wetsvoorstel Terugvordering staatssteun weer opgepakt,⁹⁰ wat verstandig lijkt nu indiening van dit wetsvoorstel (de voortzetting van) een infractieprocedure tegen Nederland destijds heeft voorkomen. Al goedgekeurd door de Tweede Kamer is inmiddels de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (Wet NERpe), waarin aanvullende (interbestuurlijke) toezichtsinstrumenten zijn opgenomen om de naleving van Europees recht door publieke entiteiten te kunnen garanderen.⁹¹ Onder publieke entiteiten vallen bestuursorganen als bedoeld in art. 1:1 lid 1 Awb, niet zijnde een van Onze Ministers, en andere organen en instanties waarop een aanbestedingsplicht rust op grond van Europese regelgeving. Zo moet onder meer kunnen worden bewerkstelligd dat decentrale overheden, die even-

69. Vgl. onder veel meer Hof Den Haag 8 november 2010, *LJN* BO3682; Hof Amsterdam 1 maart 2011, *LJN* BP6209.

70. HR 25 juni 2010, *AB* 2010/334 m.nt. Van Ommeren.

71. Zeer kritisch is Hennekens, 'Het rechtsgevolg van een overheidstoezegging, De provincie Gelderland pleegt een onrechtmatige daad', *Gst.* 2010, p. 461 e.v.

72. CRvB 26 januari 2011, *LJN* BP3624.

73. EHRM 20 mei 2010, '*Lelas t. Kroatië*', *AB* 2010/305 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, *EHRC* 2010/ 88 m.nt. Van der Heide.

74. *LJN* BP2755.

75. ABRvS 20 mei 2009, *LJN* BI4497; vgl. ook ABRvS 21 juli 2010, *LJN* BN1930.

76. *LJN* BM7040.

77. HR 9 juli 2010, *JB* 2010/190.

78. Hof Den Haag 24 augustus 2010, *JB* 2010/245.

79. Vgl. Albers & Heinen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor de vuurwerkramp Enschede: "wat niet weet, wat niet deert"', *Gst.* 2010, p. 501 e.v.

80. CRvB 8 juni 2010, *AB* 2011/45 m.nt. Bröring (€ 200). Daarmee wordt aangesloten bij Hof Amsterdam 12 januari 2010, *LJN* BL0984.

81. Rb. Haarlem 13 augustus 2010, *LJN* BN4040 (€ 500).

82. Vgl. ABRvS 25 augustus 2010, *AB* 2010/337 m.nt. Rop.

83. Zie o.a. Den Ouden & Tjepkema, 'Scha-

devergoeding bij de intrekking van begunstigde beschikkingen', *O&A* 2010, p. 152 e.v.

84. Zie voor de spreektekst www.jur.uva.nl/template/downloadAsset.cfm?objectid=DB33E3CB.

85. Polak, 'Over de grenzen van privaatrecht en bestuursrecht heen, Ontwikkelingen op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid' *NTB* 2010, p. 315 e.v.

86. Klingenberg, *Bestuursrecht, e-mail en internet, Bestuursrechtelijke normen voor elektronische overheidscommunicatie* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

87. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid?', *Gst.* 2010, p. 510 e.v.

88. Daarover Barkhuysen, 'Grenzen aan het opzoeken en verleggen van (Europese) juridische grenzen voor nationaal beleid?', *NJB* 2011/4, afl. 1, p. 4 e.v.

89. Daarover Manunza, 'Nieuwe Aanbestedingswet, Een gemiste kans voor een betere ordening van de markt voor overheidsopdrachten', *NJB* 2010/1932, afl. 37, p. 2408 e.v. Zie verder *Kamerstukken* 32 440.

90. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 2. Zie ook Metselaar & Adriaanse, 'Nut en noodzaak van het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2011/3.

91. *Kamerstukken* 32 157.

zeer zijn gehouden rechtstreeks werkend EU-recht toe te passen als de centrale overheid,⁹² daartoe desnoods kunnen worden gedwongen door de Staat (Onze Ministers), die ten slotte voor de kosten opdraait mocht het komen tot financiële sancties opgelegd door het Hof van Justitie ex art. 260 lid 2 VWEU. In de literatuur wordt met name de specifieke ministeriële aanwijzingsbevoegdheid een controversiële uitbreiding van het toezichtsinstrumentarium van de centrale overheid geacht, waarvan overigens niet wordt verwacht dat zij vaak zal worden toegepast. De Wet NERpe zou vooral een afschrikkende werking moeten hebben.⁹³

Ten slotte moet worden vermeld dat de uitspraken van het HvJ EU in de Nederlandse zaken *Ladbroke* en *Betfair*⁹⁴ aanleiding hebben gegeven tot verschillende commentaren in de Nederlandse literatuur.⁹⁵ Uit genoemde uitspraken blijkt het de nationale wetgever weliswaar vrij te staan om, onder meer ter beteugeling van gokverslaving en het tegengaan van fraude, te kiezen voor een stelsel waarin een exclusieve kansspelvergunning wordt verleend aan slechts één marktdeelnemer, maar dat de procedure tot verlening of verlenging daarvan wel moet voldoen aan het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Wat dat

beginsel precies betekent voor het Nederlandse bestuursrecht, is een van de onderwerpen die aan de orde komt in de bundel over schaarse publieke rechten, die rond de publicatiedatum van deze kroniek zal verschijnen.⁹⁶

Uitleiding

Aan het einde gekomen van deze kroniek, die als rode draad heeft soberheid en doelmatigheid, kan worden geconstateerd dat dit streven op vrijwel alle onderdelen van het bestuursrecht merkbaar is. Dat kan positief worden gewaardeerd, zij het dat streng moet worden gewaakt over een goede toegankelijkheid van de rechter. Ook de – mede als gevolg van het doelmatigheidsstreven – paradoxaal genoeg immer toenemende complexiteit van het bestuursrecht baart zorgen. Brenninkmeijer waarschuwde in zijn al aangehaalde bijdrage aan de *NJB*-special ‘In afwachting van’ voor het bestuursrecht als ‘mandarijnen-wetenschap’.⁹⁷ Dat is denken wij te pessimistisch, maar dit schrikbeeld kan wel inspireren bij het verder vormgeven van dit recht. Aan dat laatste is, geheel ten slotte, een formidabele bijdrage geleverd met de verschijning van de nieuwe – geheel herziene – druk van het klassieke handboek *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat* van de hand van Schlössels en Zijlstra.⁹⁸ ●

⁹². Zie voor een recente bevestiging van de zgn. Constanzo-verplichting HvJ EU 14 oktober 2010, nr. C-243/09 (Fuss). Zie verder Verhoeven, ‘The “Costanzo Obligation” and the Principle of National Institutional Autonomy: Supervision as a Bridge to Close the Gap’, *REALaw* 2010, p. 23 e.v.

⁹³. Zie o.a. Verhoeven, ‘Wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten: overbodig of onmisbaar in de prak-

tijk?’, *NTER* 2010, p. 117 e.v.; De Kruif, ‘De Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten: ongrondwettig?’, *NJB* 2011/294, afl. 6, p. 358 e.v.; Knook, ‘Europaproof of anders...: scherper toezicht op naleving Europese regelgeving’, *BR* 2010, p. 876 e.v.; alsmede een special over dit wetsvoorstel in *Regelmaat* 2010, p. 231 e.v.

⁹⁴. Nr. C-258/08 en C-203/88 beide van 3 juni 2010, *AB* 2011/17 en 18 m.nt. Buijze,

JB 2010/170 en 171 m.nt. Wolswinkel.

⁹⁵. Zie bijv. Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert, ‘Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat?’, *NJB* 2010/1529, afl. 29, p. 1900 e.v.; Van der Beek, ‘Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga’, *NTER* 2010, p. 305 e.v.

⁹⁶. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag 2011.

⁹⁷. Of, in de woorden van Koeman, ‘juridisch figuurzagen voor gevorderden’, *NTB* 2011, p. 1.

⁹⁸. Schlössels & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat*, Deventer: Kluwer 2010. Ook verscheen een nieuwe druk van Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Kluwer 2011.

Kroniek van het Europees materieel recht

Elies Steyger, Marleen Botman en Wessel Geursen¹

Al waren er dan geen grootse en meeslepende gebeurtenissen op Europeesrechtelijk vlak in 2010, wel tekenen zich steeds duidelijker een aantal tendensen af. De puur interne situatie is niet meer zo veilig voor het Unierecht als voorheen. En de eis van een samenhangend en consistent beleid wordt steeds stringenter gehanteerd als lidstaten belemmeringen willen opleggen aan de vier vrijheden.

Inleiding

In tegenstelling tot de afgelopen jaren zijn er uit het jaar 2010 weinig grote en meeslepende gebeurtenissen op het Europeesrechtelijke vlak te melden. Weliswaar waren er grote Europese gebeurtenissen in het nieuws, zoals de luchtvaartproblemen door de aswolk en de verkiezingsuccessen van rechtse partijen in Nederland en Zweden, juridisch hadden deze (nog) geen impact. Mogelijk waren de pogingen van de Commissaris voor de Mensenrechten Viviane Reding tot bemoeienis met de uitzetting van Roma in Frankrijk, nog het meest opvallend. De verontwaardiging leidde echter niet tot een infractieprocedure tegen Frankrijk, nu dat land na de dreiging van een procedure besloot zijn wetgeving aan te passen.

De crisis in de Eurozone was een andere gebeurtenis die tot grote financiële interventies leidde. Deze kan in de toekomst wel degelijk forse juridische implicaties hebben, al is er nog geen politieke overeenstemming waartoe dit zal leiden.²

Nederland werd op 16 december 2010 wel geconfronteerd met maar liefst twee spraakmakende arresten. Het arrest *Josemans*³ maakte volgens de kranten de 'wietpas' mogelijk en de NOS⁴ werd geacht een teveel aan overheidsbijdragen te hebben ontvangen. Hierop wordt hierna teruggekomen.

De belangrijkste thema's in de rechtspraak van het Hof dit jaar zijn de wijze waarop met de verdeling van schaarse rechten wordt omgegaan en de wijze waarop de puur interne situatie steeds meer beïnvloed wordt door het Europese recht. Het lijkt erop dat de wijze waarop de nationale rechter de prejudiciële vragen formuleert, de mate bepaalt waarin een beroep op het Europese recht mogelijk is.

In deze kroniek worden de kernelementen van het materiële Europese recht behandeld. Daarbij wordt ingegaan op het recht van de interne markt, het mededingingsrecht en het recht betreffende staatssteun.

De Interne markt

Anders dan gebruikelijk zal onze beschrijving van de ontwikkelingen op de interne markt niet per vrijheid geschieden, maar worden de vrijheden meegenomen per inhoudelijk thema. Dit is een gevolg van het feit dat het Hof steeds meer inhoudelijke thema's in elkaar schuift en er dezelfde eisen aan stelt, ongeacht onder welke vrijheid ze worden geacht te vallen. Zo zullen wij behandelen: drugs, gezondheidszorg, de grenzen die aan het Europees burgerschap gesteld worden, de 'never ending'-kansspelsage, de verdeling van schaarse rechten, waarbij aanbesteding wordt inbegrepen, en de wijze waarop omgegaan wordt met de 'potentiële belemmering'. Daarbij zullen wij voor elk onderwerp aangeven bij welke vrijheden deze thema's overwegend aan de orde komen.

Goederen en diensten: legale en illegale drugs

In Groot-Brittannië stond een regeling ter discussie die financiële stimulansen bood aan artsen om specifieke of generieke geneesmiddelen aan patiënten voor te schrijven, ook als deze een andere werkzame stof bevatten dan de patiënten voorheen kregen. Het doel van de financiële stimulansen was de kosten van het onderdeel geneesmiddelen in de gezondheidszorg te verlagen. De organisatie van internationale en in het Verenigd Koninkrijk werkzame far-

Auteurs

1. Prof. mr. E. Steyger is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit, advocaat te Den Bosch en medewerker van dit blad; mr. M.R. Botman en mr. W.W. Geursen zijn beiden werkzaam als promovendi aan de Vrije Universiteit.

Noten

2. Zie onder meer Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over De gevolgen van de staatsschuldcrisis voor de EU-governance (initiatiefadvies) (ECO/297); EU 2020 – Follow-up van de informele bijeenkomst van de Europese

Raad van 11 februari 2010, Resolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2010 over EU 2020, *PbEU* 2010, C 349E.

3. HvJ EU 16 december 2010, nr. C-137/09 (*Josemans*).

4. GvEA 16 december 2010, gevoegde

zaken nr. T-231/06 en T-237/06 (*NOS*), AB 2011/52.

maceutische producenten was het, niet verbazingwekkend, met de regeling niet eens, en beriep zich, onder verwijzing naar het arrest *Damgaard*,⁵ op art. 94 Richtlijn 2001/83/EG. Dit artikel verbiedt het toekennen van financiële voordelen aan personen die gerechtigd zijn om deze voor te schrijven of af te leveren in het kader van de verkoopbevordering van geneesmiddelen. Hoewel dit artikel met name gericht is op de farmaceutische industrie zelf, heeft het Hof in *Damgaard* geoordeeld dat ook onafhankelijk van de producent verstrekte informatie onder dit verbod viel.

Het Hof oordeelt in de onderhavige zaak⁶ echter dat een bonus- of premiëregeling die door de overheid geïnitieerd wordt, buiten het verbod valt. Naar het oordeel van het Hof kan het risico dat schade wordt toegebracht aan patiënten bij een bonusregeling afkomstig van een particulier niet worden uitgesloten, maar is dit risico afwezig wanneer de regeling wordt geïnitieerd door de voor de volksgezondheid verantwoordelijke instantie. Bovendien tast de regeling volgens het Hof de onafhankelijkheid, waarvan de arts volgens art. 50 Richtlijn 2001/83/EG moet blijk geven, niet aan. Wel moet de nationale rechter nagaan of de regeling op objectieve criteria berust en er geen discriminatie plaatsvindt tussen nationale en geïmporteerde geneesmiddelen.

Discriminatie is wel toegestaan wanneer het gaat om illegale drugs die in een lidstaat gedoogd worden. De Maas-trichtse APV bevat een toelatingsbeleid voor coffeeshops dat een ingezetenen criterium hanteert, hetgeen betekent dat niet-ingezetenen van Maastricht, dus ook buitenlanders, geen softdrugs kunnen aanschaffen. Josemans⁷ verzet- te zich, nadat hij opgekomen was tegen de sluiting van zijn coffeeshop, tegen deze bepaling met een beroep op art. 18, 21, 35 en 56 VWEU (oud 12, 18, 29 en 49 EG). Het Hof oor- deelde in lijn met eerdere jurisprudentie dat verdovende middelen onder een volstrekt invoer- en verhandelingsver- bod in alle lidstaten vallen. Een gedoogbeleid in één lid- staat verandert hier niets aan. Drugs worden dan ook bui- ten de bepalingen van de interne markt gehouden dus het vrij verkeer van goederen is hierop niet van toepassing. Echter nu coffeeshops ook andere, wel legale, alcoholvrije producten verhandelen, kan het ingezetenen criterium toch een belemmering opleveren, in casu van het vrij verkeer van diensten, nu de dienstverlening bij het verstrekken van deze producten zwaarder weegt dan het verhandelen van goederen. Deze belemmering wordt echter gerechtvaardigd door onder meer de openbare orde en veiligheid, te weten het belang om in Europa drugstoerisme tegen te gaan.

Personen en burgerschap: grenzen aan de vrijheden

Jonge beroepsvoetballers zijn nog steeds niet echt vrij om van club te veranderen, ook al is de markt na arresten in het verleden, zoals *Bosman*,⁸ wel opener geworden. Clubs mogen echter wel beperkingen op blijven leggen. Het Hof oordeelde in het arrest *Bernard*⁹ dat een beroepsvoetballer

die na afloop een van een driejarig contract als 'belofte' een contract wil tekenen bij een club in een andere lid- staat, en diens gevolg een schadeloosstelling moet betalen, een belemmering in de zin van art. 45 VWEU wordt opgelegd, maar dat deze belemmering gerechtvaar- digd is om de doelstelling van indienstneming en opleiding van jonge spelers aan te moedigen. De schade- loosstelling moet echter wel proportioneel zijn. Een scha- deloosstelling die volledig losstaat van de werkelijke oplei- dingskosten is dat niet.

Het Europees burgerschap heeft een steeds grotere invloed op de wijze waarop Unierecht wordt toegepast,¹⁰ ook al is de reikwijdte ervan niet oneindig. Zo wordt bedrog bij naturalisatie niet geaccepteerd, ook al heeft de intrekking van de met bedrog verkregen nationaliteit tot gevolg dat de bedrieger staatloos wordt, nu als gevolg van het verwerven van de nieuwe nationaliteit de oude verloren is gegaan. Nu het intrekken van de met bedrog verkregen nationaliteit leidt tot het verlies van ook het Europese burgerschap moet de nationale rechter wel toetsen of deze intrekking in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.¹¹ Ook op andere wijze wor- den grenzen gesteld. Richtlijn 2004/38/EG die het bur- gerschap implementeert, bevat in art. 28 een bepaling dat uitzetting ook na een verblijf van meer dan tien jaar mogelijk is op basis van ernstige redenen van openbare orde en openbare veiligheid. Het Hof oordeelt dat deze uitzettingsgrond niet beperkt is tot de interne externe veiligheid van een lidstaat, zoals neergelegd in een reeks van arresten,¹² maar dat ook de bestrijding van de geor- ganiseerde drugscriminaliteit hieronder kan vallen.¹³

Studenten, die lange tijd toch de belangrijkste recht- hebbenden op basis van het burgerschap leken te zijn, blijken art. 20 e.v. VWEU ook niet ongelimiteerd te kunnen inroepen. Een quotum van de Franse Gemeenschap (de bevoegde autoriteit voor onderwijs in Wallonië) voor niet permanent in België verblijvende studenten die medische of paramedische opleidingen willen volgen, bleek, ondanks het indirect discriminerende karakter, onder omstandigheden gerechtvaardigd, om redenen van bescherming van volksgezondheid. Deze kunnen eruit bestaan dat er gewaarborgd wordt dat in het bevoegd- heidsgebied van de Franse Gemeenschap voldoende beroepsbeoefenaren beschikbaar zullen zijn. Uiteraard moet een dergelijke maatregel aan de gebruikelijke eisen van onmisbaarheid en proportionaliteit getoetst worden.¹⁴

Diensten, vestiging en aanbesteding

Gezondheidszorg

Het verkrijgen van een vergoeding van in het buitenland verrichte behandelingen blijft een heet hangijzer in de Unie. Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat een lid- staat, ook in het kader van een sociaalzekerheidsstelsel,

Aan het vereiste van systematisch en samenhangend beleid kan niet worden ontkomen, door het beleid op te splitsen in verschillende categorieën kansspelen